

## S. 66 / Nr. 12 Muster- und Modellschutz (d)

BGE 56 II 66

12. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Januar 1930 i. S. Texor A.-G. gegen Jakob Rohner A.-G.

Regeste:

Abgrenzung der Berufung von der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde.

Art. 12 Ziff. 1 Musterschutzgesetz.

Gegenstand des Experten- und Zeugenbeweises bei der Frage, ob ein Muster bei der Hinterlegung neu gewesen sei.

Für die Frage der Neuheit eines Musters kommen grundsätzlich nur die Verhältnisse im Inland in Betracht. Eine einmalige Bestellung des Musters durch einen Agenten des Inhabers vor der Hinterlegung könnte der Neuheit nichts schaden, auch wenn bei ausschliesslicher Exportware ausnahmsweise auch auf die Verhältnisse im Ausland abzustellen wäre.

A. - Die Klägerin hat am 20. Februar 1925 ihre Stickereimuster Nr. 40031 und 40032 und am 22. Januar 1927 Nr. 43885 beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum hinterlegt. Die den Mustern entsprechenden Erzeugnisse der Klägerin sind vorwiegend oder ausschliesslich für die Ausfuhr nach Marokko bestimmt. Im Jahre 1926, vor der Hinterlegung des Musters Nr. 43885, war dort durch den Vertreter der Klägerin, Jakob Buenos & Fils ainé in Rabat eine Bestellung auf diesem Muster aufgenommen worden.

Seite: 67

B. -Die Klägerin stellte fest, dass die Beklagte die drei Muster nachgemacht und in den Handel gebracht habe, und zwar das Muster der Klägerin Nr. 40 031 unter Nr. 6735, Nr. 40032 der Klägerin unter Nr. 6597, 6320 A und 6597 A, und Nr. 43 885 der Klägerin unter Nr. 6594 und 6106 A. Sie hat deshalb am 18. Februar 1928 eine Klage gegen die Beklagte beim Handelsgericht des Kantons St. Gallen anhängig gemacht und die Rechtsbegehren gestellt:

1. Es sei gerichtlich zu erkennen, die Beklagte habe sich der widerrechtlichen Kopie resp. Nachahmung der klägerischen Muster 40031, 40032 und 43885 schuldig gemacht.

2. Die Beklagtschaft habe die fraglichen Muster aus der Kollektion zu entfernen und die allfällig vorhandenen Warenbestände dem Gerichte resp. der Klägerschaft zur Verfügung zu stellen.

3. Die Beklagte habe der Klägerin je 25% des direkten und indirekten Schadens auf den von der Beklagten nach diesen Mustern gelieferten Quantitäten und auf den klägerischen Preisen berechnet, eventuell einen Betrag nach gerichtlicher Expertise und richterlichem Ermessen zu bezahlen.

4.- Beweiserhebung.

C. -Die Beklagte hat Widerklage mit dem Rechtsbegehren erhoben, der Musterschutz der Nr. 40031, 40032, und 43 885 der Klägerin sei ungültig zu erklären.

D. - Durch Zwischenurteil vom 27. Juni 1928 hat das Handelsgericht des Kantons St. Gallen gefunden, dass der Vorwurf der Nachahmung begründet sei, da trotz geringfügiger Abweichungen der Gesamteindruck der Muster derselbe sei. Die Einrede der mangelnden Neuheit hat es abgewiesen, soweit sich die Beklagte auf die einmalige Bestellung in Marokko auf dem Muster Nr. 43885 berufen hatte.

Durch Endurteil vom 21. November 1928 hat das Handelsgericht erkannt:

Seite: 68

1. Die Beklagte wird der Nachahmung der klägerischen Muster 40031, 40032 und 43 885 schuldig erklärt.

2. Die Beklagte wird pflichtig erklärt, ihre Dessins Nr. 6735, 6597 und 6594 aus der Kollektion zu entfernen.

3. Die Beklagte hat die Klägerin mit 39014 Fr. 80 Cts. zu entschädigen; die Mehrforderung der Klägerin wird abgewiesen.

4. Die Widerklage wird abgewiesen.

E. - Die Beklagte hat gegen das handelsgerichtliche Urteil rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, die Klage abzuweisen und die Widerklage zu schützen.

F. - Da die Beklagte gleichzeitig die Kassationsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons St. Gallen ergriffen hat, hat die Beurteilung der Berufung bis zum Entscheide über die Nichtigkeitsbeschwerde verschoben werden müssen. Durch Urteil vom 27. Juni 1929 hat das Kassationsgericht die Beschwerde abgewiesen.

G. - An der Berufungsverhandlung hat die Beklagte und Berufungsklägerin ihren Antrag auf

Abweisung der Klage und Gutheissung der Widerklage erneuert; die Klägerin und Berufungsbeklagte hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des Urteils des Handelsgerichtes beantragt.

Das Bundesgericht zieht an Erwägung:

1.- Sowohl die Klage, als die Widerklage hatte eine zivilrechtliche Streitigkeit über den Musterschutz aufgeworfen, über die nach Art. 33 Abs. 1 des BG vom 30. März 1900 betreffend die gewerblichen Muster und Modelle und Art. 2 des st. gallischen Gesetzes über das Handelsgericht dieses als die durch das Bundesrecht geforderte einzige kantonale Instanz zu erkennen hatte. Es ist den Kantonen nach Bundesrecht jedoch nicht verwehrt, den Parteien auch in Musterschutzsachen ein ausserordentliches Rechtsmittel an ein oberes kantonales Gericht zur Geltendmachung von Mängeln einzuräumen, die durch die

Seite: 69

Berufung an das Bundesgericht nicht gerügt werden können. Wurde ein solches Rechtsmittel erhoben und beurteilt, so hat das Bundesgericht nicht nachzuprüfen, ob die Gründe erfüllt seien, die nach kantonalem Recht zur Gutheissung des Rechtsmittels führen. Seine Prüfung beschränkt sich darauf, ob das kantonale Rechtsmittel von der Berufung an das Bundesgericht richtig abgegrenzt worden sei. Im vorliegenden Fall hat das Kassationsgericht die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde richtig von der Berufung abgegrenzt. Es hat insbesondere mit Recht abgelehnt, die Rechtserheblichkeit von Tatsachen zu beurteilen, welche die Beklagte zum Beweis verstellte hatte, über welche das Handelsgericht aber den Beweis wegen Belanglosigkeit nicht abgenommen hatte. Die Frage, ob Tatsachen und Beweisanträge aus Gründen des materiellen Rechtes erheblich sind, hat das Bundesgericht auf dem Wege der Berufung nachzuprüfen, und es kann eine Ergänzung der Beweise anordnen, auch wenn der Berufungskläger einen Antrag auf Rückweisung der Sache nicht gestellt hat (vgl. WEISS, Die Berufung an das Bundesgericht S. 255, BGE 38 II S. 599 ff.). Da sich das Kassationsgericht also eines Urteiles über Streitfragen enthalten hat, die im Zusammenhang mit der Frage der Verletzung von Bundesrecht Gegenstand einer Berufung bilden können, ist dem bundesrechtlichen Satz Genüge getan, dass die Kantone in Musterschutzsachen nur eine Instanz einsetzen dürfen.

2.- Die Beklagte hatte sich auf den Zeugen Grieder berufen, dass die Muster Nr. 40031 und 40032 der Klägerin Ramagemuster seien, deren wesentliche Eigenschaft in der rhythmischen Anordnung, besonders in der wellenförmigen Stich- und Rankenführung, nicht in der Wahl der Blumen- und Blattformen liege. Das Handelsgericht hat den Beweis nicht abgenommen, weil die Feststellung, ob eine unzulässige Nachahmung vorliege, Sache des Richters und nicht eines Zeugen sei. Gegenstand eines

Seite: 70

Zeugenbeweises hätte nur sein können, dass ein neuheitszerstörendes Muster schon vor der Hinterlegung der Muster der Klägerin bekannt gewesen sei; einen solchen Beweis durch den Zeugen Grieder habe die Beklagte nicht angetragen. Diese Entscheidung des Handelsgerichtes kann das Bundesgericht nicht nachprüfen; denn es handelt sich hier nicht um die Rechtserheblichkeit von Tatsachen. Die Frage, was Gegenstand eines Zeugenbeweises sein kann und was nicht, gehört dem kantonalen Prozessrecht an, und die Feststellung, dass die Beklagte den für einen Zeugenbeweis geeigneten Beweis nicht angeboten habe, ist für das Bundesgericht verbindlich.

Nachdem die Beklagte auf die Einvernahme des Zeugen Hörler verzichtet hatte, blieb noch ihr Beweisantrag durch Expertise aufrecht, dass die Muster der Klägerin bei der Hinterlegung nicht mehr neu gewesen seien. Das Handelsgericht hat die Anordnung einer Expertise aber abgelehnt, weil es Sache der Parteien und nicht eines Sachverständigen sei, nach neuheitszerstörenden Tatsachen zu forschen. Allein Art. 6 des BG vom 30. März 1900 über die gewerblichen Muster und Modelle verbietet nicht, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint, eine Expertise darüber, ob Tatsachen gegeben seien, die geeignet sind, die Vermutung der Neuheit eines Musters als zerstört erscheinen zu lassen. Es kann vorkommen, dass eine Partei den Beweis, ein Muster sei in den beteiligten Verkehrskreisen schon bekannt gewesen, gar nicht anders als durch Berufung auf einen Sachverständigen leisten kann, so etwa, wie in einzelnen Fällen das Bestehen oder Nichtbestehen einer Handelsübung zum Gegenstand einer Expertise gemacht werden kann, weil zum Nachweis besondere Sachkenntnis erforderlich ist. Zumeist kann jedoch auch in einem solchen Fall Beweisthema nicht die Frage sein, ob die beteiligten Kreise das Muster schon gekannt haben denn sie würde in ihrer Allgemeinheit und Weite für den Sachverständigen eine unmögliche Aufgabe sein. Die Begrenzung liegt der beweispflichtigen Partei ob; sie hat

Seite: 71

zur Begründung ihrer Einrede Tatsachen anzuführen, die, wenn sie durch die Sachkunde des Experten erwiesen werden, geeignet sind, den Richter zur Verneinung der Frage der Neuheit zu

veranlassen. Diese Tatsachen können den Ort und die Zeit des Bekanntseins, die Personen oder Personenkreise, welche die Muster gekannt haben, den Ersteller der Muster, die Art der Versendung und des Verkaufes, die Zahl der Verkäufe, die Zusammensetzung der Kundenkreise usw. betreffen; es sind die tatsächlichen Unterlagen, welche die blosser Behauptung der fehlenden Neuheit erst zu einer substantiierten Einrede und die Aufgabe des Sachverständigen zu einer bestimmten und konkreten Aufgabe machen können.

Im vorliegenden Fall hat das Handelsgericht festgestellt, dass die Beklagte überhaupt keine Tatsachen angeführt habe, die abgesehen von ihren übrigen Beweisanträgen noch Gegenstand einer Expertise sein könnten. Diese Feststellung ist durch die Beklagte vor Bundesgericht nicht mehr in Abrede gestellt worden, und sie ist für das Bundesgericht überdies verbindlich. Es besteht also auch in dieser Richtung kein Anlass, eine Beweisergänzung anzuordnen.

3.- Soweit die Widerklage in Betracht fällt, bleibt zu entscheiden übrig, ob das erwiesene und nicht bestrittene einmalige, in Marokko mit der Agenturfirma der Klägerin vor der Hinterlegung abgeschlossene Kaufgeschäft auf dem Muster Nr. 43885 die Neuheit desselben zerstört habe. Das Handelsgericht hat die Frage verneint, da nach dem Urteil des Bundesgerichtes i. S. Alfred Bühler A.-G. gegen die A.-G. Möbelfabrik Horgen-Glarus vom 31. Januar 1928 (BGE 54 II S. 58 ff.) für die Frage der Neuheit überhaupt nur die Verhältnisse im Inlande, nicht die im Auslande, massgebend seien. Die Beklagte hat diese Auffassung bekämpft und sich ihr gegenüber auf den Wortlaut des Art. 12 Ziff. 1 des Musterschutzgesetzes und seine Entstehungsgeschichte, sowie auf die Erwägung berufen, dass für manche schweizerische Industrien und

Seite: 72

Erzeugnisse, wie gerade für die Stickerei, die Kunden und beteiligten Verkehrskreise überhaupt nur im Auslande zu finden seien. Es rechtfertigt sich, die Frage nochmals zu erörtern.

Art. 12 Ziff. 1 des BG über die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900 lautet: «Die Hinterlegung eines Musters oder Modelles ist ungültig, wenn es zur Zeit der Hinterlegung nicht neu gewesen ist; ein Muster oder Modell gilt nach diesem Gesetz als neu, solange es weder im Publikum, noch in den beteiligten Verkehrskreisen bekannt ist.» Aus diesem Wortlaut ergibt sich keine Entscheidung. Daraus, dass das Gesetz einfach vom Publikum und den beteiligten Verkehrskreisen spricht und eine örtliche Grenze nicht zieht, lässt sich nicht schliessen, wie die Beklagte meint, dass jedes Bekanntsein, gleichgültig wo, die Neuheit zerstöre. Dieser Sinn lässt sich aus dem Gesetz nur herauslesen, wenn man ihn entweder vorher schon hineingelegt hat, oder wenn man annimmt, der Gesetzgeber habe an alles gedacht und jedes Mal auch durch sein Schweigen, d. h. durch die Unterlassung der gegenteiligen, ausdrücklichen Anordnung, eine Entscheidung geben wollen. Ein solches Auslegungsverfahren würde den Regeln nicht entsprechen, die das ZGB in Art. 1 für die Auslegung des gesamten Bundesprivatrechtes aufgestellt hat und die auf der Anerkennung beruhen, dass ein Gesetz lückenhaft sein kann.

Auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und seines Art. 12, sowie aus dem Wortlaut des früheren Gesetzes über die gewerblichen Muster und der andern Gesetze über das geistige Eigentum lässt sich, entgegen der Ansicht der Beklagten, nichts für die Entscheidung der Frage ableiten. Es ist richtig, dass Art. 2 des BG über die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888 im Gegensatz zu dem kurz darauf erlassenen Bundesgesetz über die gewerblichen Muster und Modelle vom 21. Dezember 1888 ausdrücklich bestimmte, nur das Bekannt sein

Seite: 73

in der Schweiz schade der Neuheit, und dass das geltende Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907, revidiert 9. Oktober 1926, im Wortlaut des Art. 4 in gleicher Weise von dem geltenden Musterschutzgesetz, Art. 12 Ziff. 1 abweicht. Allein auch daraus lässt sich ein zwingender Schluss nicht ziehen, es wäre denn, dass man in unzulässiger Weise davon ausgehen wollte, in solchen Verschiedenheiten zwischen ähnlichen und ungefähr zu gleicher Zeit erlassenen Gesetzen liege stets eine Absicht, nie eine Unvollkommenheit des Gesetzgebers.

Die Beklagte hat sich darauf berufen, dass unter der Herrschaft des früheren Musterschutzgesetzes in der Literatur die Ansicht vertreten worden sei, auch das Bekanntsein im Ausland zerstöre nach dem Gesetz die Neuheit eines Musters (ALFRED SIMON, Der gewerbliche Rechtsschutz in der Schweiz S. 75) und dass diese Lehrmeinung dem Gesetzgeber zur Zeit der Neuordnung des Musterschutzwesens im Jahre 1899/1900 bekannt gewesen sei. Allein auch daraus lässt sich nicht in zwingender Weise schliessen, der Gesetzgeber habe die vereinzelte Ansicht übernommen, da er ihr nicht widersprochen habe; denn es kommt nicht selten vor, dass Auffassungen und Vorschläge der Rechtsliteratur bei der Gesetzgebung nicht beachtet werden. Es ist nicht statthaft, an geschichtliche Tatsachen den Masstab der Logik auszulegen und so den Sinn des Gesetzes herzuleiten; die Folgerichtigkeit würde übrigens dazu führen, dass man noch Beweise darüber abnehmen müsste, ob der historische Gesetzgeber die Lehrmeinungen auch wirklich gekannt habe, von denen man

annimmt, er habe sie berücksichtigt.

Bei Erlass des geltenden Gesetzes haben sowohl der Bundesrat in seiner Botschaft vom 24. November 1899 (Bundesblatt 1899 V S. 619), als der deutsche und der französische Berichterstatter des Nationalrates (Stenographisches Bulletin 1900 S. 113/114) betont, dass die Umschreibung des Begriffes der Neuheit in Art. 12 des Gesetzesentwurfes klar und eindeutig sei. Allein damit

Seite: 74

wollte man nicht sagen, dass dadurch auch die vorliegende Streitfrage entschieden worden sei. Die Ausführungen des Bundesrates und der Berichterstatter der Räte beziehen sich darauf, dass das Bundesgericht unter dem frühern Gesetz für die Neuheit eines Musters das Erfordernis aufgestellt hatte, es müsse das Erzeugnis einer originellen, schöpferischen Betätigung der Geisteskraft sein, und sie wollten ausdrücken, dass man im neuen Gesetz dieses Merkmal aus dem Begriff der Neuheit absichtlich fallen lassen wolle (vgl. BGE 29 II S. 367). Wenn der deutsche Berichterstatter seinen Darlegungen noch beigefügt hat, dass nach dem neuen Gesetz ein Musterschutz nur bestehe, wenn das Muster von Anfang an und vor dem Verkauf hinterlegt werde, so gab er damit offenbar nur eine nähere Schilderung des kurzen Gesetzeswortlautes, ohne die vorliegende Streitfrage damit anzuschneiden. Selbst wenn man also, wie die Beklagte dazu neigen würde, der Entstehungsgeschichte eines Gesetzes bei dessen Auslegung eine entscheidende Bedeutung beizumessen, liesse sich im vorliegenden Falle nichts dafür ableiten, dass auch das Bekanntsein eines Musters im Ausland eine Neuheit zerstöre.

Wenn sich der Sinn des Gesetzes nicht aus seinem Wortlaut ergibt, kann aber nicht massgebend sein, was in den Gesetzesmaterialien steht oder was bei der Beratung des Gesetzes in den Räten gesagt worden ist. Man kann die Materialien heranziehen, wenn das Gesetz dunkel ist, um auf den möglichen Sinn überhaupt zu stossen, aber eine verbindliche Kraft kommt ihnen nicht zu; sie sind bloss Hilfsmittel. Verbindlich werden durch die Gesetzesverkündung nur die durch seinen Wortlaut vermittelten Gedanken. Nur der unzweideutige Sinn bleibt weiterer Prüfung entzogen. Reicht der Wortlaut zur Entscheidung einer Frage nicht aus, weil er unvollständig oder zweideutig ist, so hat ihn der Richter nach seinem vernünftigen Urteil zu ergänzen. Das Gesetz trennt sich also bei seinem Erlass vom tatsächlichen Willen des

Seite: 75

geschichtlichen Gesetzgebers. (BURCKHARDT, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, S. 66 und 75). Das Bundesgericht hat sich schon in frühern Urteilen auf diesen Boden gestellt. (Vgl. BGE 34 II S. 826 und CLAUDE DU PASQUIER, Modernisme Judiciaire et Jurisprudence Suisse S. 206.)

Die ausländische Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft, auf die man zum Vergleich hätte verweisen können, ist geteilt. Das belgische Musterschutzgesetz von 1806 spricht sich über die Streitfrage nicht aus; doch hat das Gericht von Lüttich in einem Urteil vom 27. Mai 1903 (Propriété Industrielle 19. Bd. 1903 S. 113 ff.) das Territorialprinzip angenommen. In Deutschland wird unterschieden zwischen offenkundigem Gebrauch im Inland und offenkundiger Bekanntmachung im Ausland oder Inland; diese Unterscheidung hängt jedoch mit dem Wesen des deutschen Gebrauchsmusters und der Eigenart der deutschen Musterschutzgesetzgebung zusammen. (Vgl. JOSEF KOHLER, Musterrecht S. 78). Nach Art. 3 der geltenden französischen loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles ist der Ersteller des Musters geschützt, nicht der Hinterleger, der das Muster gar nicht geschaffen hat; die Veröffentlichung eines Musters vor der Hinterlegung schadet der Schutzfähigkeit nicht, ob sie im In- oder Ausland erfolgt sei. (GEORGES CHABAUD, La protection légale des dessins et modèles, p. 98 et 265).

Im schweizerischen Schrifttum wird die Frage meistens nicht erörtert (GUIDO DUBLER, Der urheberrechtliche Schutz der Kunstwerke und der Muster und Modelle S. 43; E. GUYER, Das schweizerische Bundesgesetz über die gewerblichen Muster und Modelle S. 80 ff.; MACKENROTH, Nebengesetze zum Schweizerischen Obligationenrecht S. 262 ff.); nur E. GUYER (Kommentar S. 48) deutet an, dass er gegenüber Simon (a.a.O. S. 75) das Territorialitätsprinzip vorzieht.

Die vom Bundesgericht in seinem Urteil vom 31. Januar 1928 i. S. Alfred Bühler A.-G. gegen A.-G. Möbelfabrik

Seite: 76

Horgen-Glarus (BGE 54 II S. 58 ff.) vertretene Auffassung ist grundsätzlich aufrecht zu halten. Als Grund führt die Vorinstanz mit Recht an, dass der Musterschutz eine Monopolstellung im Inland gewährt, und dass diese Stellung der Lohn ist für eine Bereicherung der inländischen Kultur durch neue Formen und Erfindungen. Es rechtfertigt sich daher, bei der Prüfung der Frage, ob eine Bereicherung wirklich vorliege, auf die inländischen Verhältnisse abzustellen. Das Bundesgesetz selber scheint diesen Gedanken auszudrücken, indem es in Art. 11 Ziff. 2 den Hinterleger des

Schutzes verlustig erklärt, wenn er das Muster im Inland nicht ausführt, im Ausland die Einführung des Musters aber veranlasst oder duldet. Obwohl das schweizerische Recht, im Gegensatz zum französischen, der Hinterlegung konstitutive Wirkung beilegt, ist in diesem Zusammenhang zu erwägen, dass die französische Regelung einen richtigen Grundgedanken enthält, nämlich den, dass der Schutz wenn möglich in letzter Linie dem Schöpfer des Musters und nicht dem Muster als solchem zukommen soll. Die schrankenlose Anwendung des Universalitätsprinzipes würde überdies den Musterdiebstahl fördern; der Nachahmer hätte es oft in der Hand, nicht nur dem Geschädigten den Prozess sehr zu erschweren, sondern durch die nachträgliche Berufung auf ein nur zufälliges Bekanntsein des Musters an irgendeinem ausländischen Ort, das mit der Nachahmung in gar keinem Zusammenhang steht, sein an sich verwerfliches Handeln zu entschuldigen.

Die Anwendung des Territorialitätsprinzipes führt auch dazu, die Übereinstimmung mit den andern Gesetzen über das geistige Eigentum zu erzielen, nämlich mit Art. ~ des BG über die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907 und mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den Markenschutzsachen (vgl. BGE 39 II S. 117). Wie schon die Vorinstanz ausgeführt hat, ist diese Übereinstimmung wünschenswert, weil das Rechtsbewusstsein verschiedene Auslegungen gleichartiger Gesetze ohne

Seite: 77

triftige und offensichtliche Gründe nicht versteht. Dazu kommt, dass der Musterschutz unter den mit andern Immaterialgüterrechten gemeinsamen Oberbegriff des gewerblichen Urheberrechtes fällt, nachdem das neue Urheberrechtsgesetz vom 7. Dezember 1922 die Muster der angewandten Kunst und des Kunstgewerbes ausgeschieden und dem Urheberrecht für literarische und künstlerische Erzeugnisse untergeordnet hat. (Vgl. GIERKE, Deutsches Privatrecht I S. 769, 840.)

Bei der Anwendung des Territorialitätsprinzipes kann sich freilich mitunter die Frage stellen, ob aus dem Verkauf und der Verbreitung eines Musters im Ausland nicht zu schliessen sei, dass es dadurch auch im Inland bekannt geworden sei. Diese Frage ist jedoch im vorliegenden Falle nicht zu entscheiden, weil die Beklagte nicht behauptet hat, durch den einmaligen Verkauf des Musters Nr. 43885 der Klägerin in Marokko sei es auch in den schweizerischen Verkehrskreisen bekannt geworden.

Dagegen fragt es sich, ob nicht ausnahmsweise doch auf die ausländischen Verhältnisse abzustellen sei, wenn es sich um ein Muster einer schweizerischen Exportindustrie handelt, das überhaupt nur im Ausland abgesetzt wird. Ein solches Muster scheint hier vorzuliegen; immerhin geht aus den Akten nicht hervor, ob es nach der Hinterlegung auch in der Schweiz verkauft worden ist. Wenn man auch in solchen Fällen die Verbreitung eines Musters im Ausland bei der Entscheidung der Frage der Neuheit nicht berücksichtigen würde, wäre die Neuheit überhaupt keine Voraussetzung des Musterschutzes; denn die einzige Möglichkeit, wegen der ein solches Muster nicht mehr neu sein könnte, fiel nicht in Betracht. Die Frage kann jedoch im vorliegenden Fall offen gelassen werden. Auch wenn nämlich ausnahmsweise die Verhältnisse in Marokko zu berücksichtigen wären, weil sich nur dort die beteiligten Verkehrskreise befinden, könnte man im vorliegenden Fall doch nicht davon sprechen, dass das Muster Nr. 43885 unter dem dortigen Publikum und

Seite: 78

den beteiligten Verkehrskreisen bekannt gewesen sei. Zum Bekanntsein genügt nicht, dass ein Muster ein einziges Mal bestellt wird, zumal von einem Agenten des Verkäufers, der in dieser Hinsicht als Vertrauensmann des Verkäufers zu gelten hat. Das Erfordernis des Musterschutzes, dass die Hinterlegung vor dem Verkauf stattzufinden hat, ist nicht so aufzufassen, dass in allen Fällen auch ein einmaliges Zeigen schon ein Bekanntsein begründet; denn es liegt nahe, dass ein Verkäufer sich vor der Hinterlegung überzeugen will, ob das Muster den mutmasslichen Abnehmern gefallen wird.

Da das Muster Nr. 43885 der Klägerin bei der Hinterlegung neu war, ist die Widerklage abzuweisen, und zwar in Bezug auf alle drei Muster der Klägerin.

4.- . . .

5.- . . .

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 27. Juni. 21. November 1928 wird bestätigt